Pachtvertrag schloß und darin ihre Gesinnung ausdrückte, als auch der Mittelspersonen, die sich den Pacht gefallen ließen, die Pachtsumme zahlten und nach dem ganzen Pachtverhältnisse dasselbe sogar erneuernd verfuhren.

Durch dieses Beyspiel, welches in Wahrheit diese ganze Untersuchung veranlaßte, ist auch dargethan, daß nicht nur dingliche Rechte an sich, sondern auch Qualificationen derselben den Beziehungen des Quasibesitzes unterworfen sind.

II.

Ueber die Senectus.

Von Thibaut.

Die gewöhnliche Ansicht über die Senectus und deren Folgen war bisher diese: mit dem vollendeten 70sten Jahre beginne die Senectus, oder das Greisenalter, und wer diese Lebensstufe erreicht habe, der sey in der Regel von allen muneribus personalibus, namentlich der Tutel, excusirt, und könne wider seinen Willen nicht zum Zeugniß gezwungen werden, welchen letzten Satz auch die Glosse ad L. D. 8. de testibus, zufolge des Inhalts dieses Fragments angenommen hat (wegen des Wortes senes), obgleich sie, wie sich nachher ergeben wird, der Meinung war, daß durch Diocletian's Vorschrift in L. 3. C. qui aetate vel professione der Termin in der Regel auf 55 Jahre gesetzt sey. Die Glosse befolgte hier nämlich die strengen Regeln der grammatischen Auslegung, daß man generalia und specialia mit einander combiniren muß, und so blieb sie, der angeblichen neuen Regel ungeachtet, auch bey der in §. 13. I. de excusat. L. 2. pr. D. eod. enthaltenen besonderen Vorschrift, daß erst das volle Alter von 70 Jahren den berufenen Vormündern eine excusatio gibt.

Viel weiter ist jetzt Mackeldey [1]) gegangen. Er sagt nämlich: „das Greisenalter (senectus), welches von der Uebernahme öffentlicher Aemter befreyt, nimmt nach älterem Rechte mit dem vollendeten 70sten, nach dem neuerem Rechte mit dem vollendetem 55sten Jahre seinen Anfang. Für das Erste sind citirt, §. 13. I. cit. L. 2. pr. cit. L. 3. de jure immun, das Letzte aber soll bewiesen werden durch L. 3. C. cit., welcher Constitution mithin eine absolut derogirende Kraft beygelegt ist. Er wendet dies auch nachher namentlich auf die Excusationen der Tutoren an. Unten soll gezeigt werden, daß diese Idee höchst bedeutende Gründe gegen sich hat.

Für eine andere Idee hat sich jetzt Mühlenbruch [2]) erklärt, indem er sagt: Denique in juribus officiisque aestimandis nonnunquam et senectutis ratio habetur, cujus quidem nullum certum terminum generatim posuerunt Romani. Daß die letzte Behauptung in gewisser Hinsicht gerechtfertiget werden kann, will ich nachher zu beweisen suchen. Allein ich glaube, daß die Belegstellen, welche Mühlenbruch angeführt hat, an sich seine Behauptung nicht vollständig rechtfertigen. Er beruft sich nämlich zuerst auf Gellius N. A. II. 15., wo aber nicht mehr steht, als: ehemals sey das Alter hoch geehrt; a convivo quoque, ut scriptum est in antiquitatibus, seniores a junioribus domum deducebantur. Allein war senior und senex einerley, und gab es für das Eine und das Andere keinen festen Anfangspunct? Die letzte Frage gilt wieder, wenn er sich darauf beruft, daß nach L. 5. pr. D. de jure immun. die Senectus eine Excusation ertheilt. Bey zwey anderen seiner Belegstellen [3]), welche mit vollendetem 70sten Jahre eine Excusation gestatten, kann man auch mit allem Rechte fragen: ob nicht grade jene 70 Jahre auf die Senectus gehen? und

1) Lehrb. des heut. R. R. 4. 5., 6. Aufl. §. 115. 269.

2) Doctrina Pandectarum T. 2. §. 210.

3) L. 2. pr. D. de excus. tut. L. 3. D. de jure immunitat.

bey zwey anderen [4]), welche ein Alter von 55, oder 60 Jahren fordern; ob denn mit der Vollendung dieser Jahre schon die *Senectus* anfängt? Ferner möchte es auch wohl nichts entscheiden, wenn von ihm noch L. 3. §. 7. D. de Scto Sillaniano und L. 2. D. de termino moto allegirt sind. Denn das erste Fragment spricht nur davon, daß man denen verzeihen müsse, welche aetate defecti sunt. Die eingetretene Altersschwäche hindert aber nicht, daß man den Anfang des Greisenalters juristisch bestimmt. Das letzte Fragment endlich setzt blos den juvenior und senior einander gegenüber, und da bleibt wieder die Frage: ob es für das senior und senex keinen bestimmten Anfangspunct gab?

Es ist dies leider wiederum einer der vielen Fälle, wobey man beklagen muß, von Römischen Erfahrungen verlassen zu seyn, und sich an den trockenen Buchstaben dieses und jenes Schriftstellers halten zu müssen. Ich will indeß versuchen, die Sache aufzuklären, zuerst mit Rücksicht auf die nicht-juristischen Classiker, und dann mit Rücksicht auf dasjenige, was sich darüber in den eigentlichen Rechtsquellen findet.

Unter den ersten pflegt man *Censorini* lib. de die natali cap. 14. voranzustellen, wo es wörtlich so heißt: igitur, expositis quae aute diem natalem sunt, nunc, ut climacterici anni noscantur, quid de gradibus aetatis humanae sensum sit, dicam. Varro quinque gradus aetatis aequabiliter putat esse divisos; unumquemque scilicet, praeter extremum, in annos XV. Itaque primo gradu, usque ad annum XV. *pueros* dictos, quod sint puri, id est impubes. Secundo ad XXX. annum *adolescentes*, ab adolescendo sic nominatos. [In tertio gradu qui erant, usque ad XLV. annos, *juvenes* appellatos, eo quod rempublicam in re militari possunt juvare. In quarto autem adusque LX. annum, *seniores* esse vocitatos, quod tunc demum senescere corpus in-

4) L. ult. D. de Decurion. L. 15. §. 2. D. de adopt.

cipiat. Inde usque finem vitae uniuscujusque, quintum gradum factum, in quo qui essent, *senes* appellatos, quod ea aetate corpus senio jam laboraret.

Etwas ähnliches findet sich in *Isidori* Etymologiarum L. XI. c. 2. nr. 1—7., aber doch mit diesen Verschiedenheiten: Gradus aetatis sex sunt: infantia, pueritia, adolescentia, juventus, gravitas, atque senectus. Prima aetas *infantia* est pueri nascentis ad lucem, quae porrigitur in septem annis. Secunda aetas, *pueritia*, id est pura, et necdum ad generandum apta, tendens usque ad decimum quartum annum. Tertia *adolescentia* ad gignendum adulta, quae porrigitur usque ad vigesimum octavum annum. Quarta *juventus*, firmissima aetatum omnium, finiens in quinquagesimo anno. Quinta aetas *senioris*, id est gravitas, quae est declinatio a juventute in senectutem, nondum senectus, sed jam non juventus, — quae aetas quinquagesimo anno incipiens, septuagesimo terminantur. Sexta aetus est *senectus*, quae nullo annorum tempore finitur. — Senium autem pars est ultima senectutis, dicta, quod sit terminus sextae aetatis.

Unter dem Unterschied zwischen senior und senex haben wir noch zwey, sehr merkwürdige, aber bisher wenig beachtete Aeußerungen in *Servius* ad Virg. Aen. V. 409. und *Isidorus* l. c. nr. 26. Der Erste sagt: Secundum Varronem juvenior et senior comparativi sunt per imminutionem. Ergo senior non satis senex, sicut juvenior non satis juvenis, intra juvenem, sicut pauperior intra pauperem. Dicit autem hoc Varro in libro ad Ciceronem. Aehnlich sagt *Isidorus:* Adolescentior non utique magis adolescens, sed minus, ut senior minus senex, ubi comparativus gradus minus significat a positivo. Ergo senior non satis senex, sicut junior intra juvenem, et pauperior intra pauperem. Man kann hiebey sich an unsere Ausdrücke: ältlich und ärmlich, im Gegensatz von

alt und arm, erinnern. Indeß ist es leicht denkbar, daß jener scharfe Unterschied im Leben nicht fest gehalten ward. Daß dies später der Fall war, soll nachher gezeigt werden. Facciolati [5]) glaubt es auch für die früheren Zeiten behaupten zu können, weil Hannibal in seinem 44. oder 45sten Jahre bey *Livius* XXX. 30. redend von sich sagt: jam aetas *senem* in patriam revertentem erudivit. Allein erwägt man, wie oft die Römischen Geschichtscheiber ihre Redner übertreiben lassen [6]), wie es ja auch Cicero, nach seiner eigenen Beichte [7]), selbst gethan hat, wo es Recht und Wahrheit galt: so kann man hier gewiß mit Döring sagen: sed nondum, qui vulgo a nobis appellari solet *senex*. Caussae igitur suae Hannibal ut orator inservit. Eher kann hier zum Beweise dienen die Aeußerung von *Gellius* N. A. X. 28.: Tubero in historiarum primo scripsit, Servium Tullium, quum illas quinque classes juniorum census faciendi gratia institueret, pueros esse, existimasse, qui minores essent annis XVII., atque inde ab anno XVII., quo idoneos jam esse rei publicae arbitraretur, milites scripsisse, eosque ad annum XLVI. juniores, supraque eum annum *seniores* appellasse. Eam rem propterea notavi, ut discrimina, quae fuerint judicio moribusque majorum pueritiae, juventae, *senectae* ex ista censione Servii Tullii noscerentur. Also: senior und senecta werden hier als gleichbedeutend behandelt, während doch Censorinus und Isidorus beyde genau von einander unterscheiden. Auch *Seneca* de brevitate vitae. c. 3. begreift offenbar unter seniores die senes, indem er sagt: Libet igitur ex seniorum turba comprehendere aliquem. Pervenisse te ad ultimum vitae humanae vi-

---

5) Totius latinitat. Lexicon s. v. senex.

6) *Midleton* on the Roman senate London. 1747. p. 170. *Manutius* de senatu Rom. c. 10. (in Graevii Th. T. 1. p .926.)

7) de finib. IV. 27. Brutus 11. pro Cluentio 59.

demus; centesimus tibi, vel supra, premitur annus; während *Varro* de re rustica I. 1. sich wegen seiner 80 Jahre senex nennt.

Wie viel übrigens Censorinus und Isidorus aus der bloßen Philosophie, oder aus der Gewohnheit und dem Leben entlehnt haben, läßt sich nicht genau angeben, besonders da bisher, und namentlich bey den Römern, die sogenannte Rechtsphilosophie großentheils nicht mehr war, als Construiren des Positiven, wie auch *Cicero* de republica wieder beweist. Die Angaben des Censorinus in Betracht der seniorum und senum scheinen auf allen Fall durch alte Einrichtungen unterstützt gewesen zu seyn. Denn nach Gellius trat mit dem 46sten Jahre, also nach dem 45sten, das Seniorat ein, und die seniores hatten Theil an den Comitien. Allein dennoch wurden, wie wir aus anderen Zeugnissen sehen [8], in den Comitien die senes nicht zugelassen (depontani), und dies waren grade Bürger über 60 Jahre. Durch dasselbe Alter bekam man Befreyung von Staatsämtern, und dem Zwange im Senat erscheinen zu müssen [9]. Indeß mag in andern Beziehungen die Sprache des gemeinen Lebens nicht so gewesen, oder später eine andere Begrenzung rechtlich geworden seyn, da Diony's v. H. sagt: man pflege erst Männer über 70 Jahre senes zu nennen [10].

Was nun die eigentlichen Rechtsquellen betrifft, so verdient zuerst L. 1. C. Theod. de his qui ven. aetat. (2. 17.), welche in L. 2. C. de his qui ven. aet. sehr be-

8) *Cicero* pro Roscio Amer. 35. *Festus* s. v. pons, sexagenarius *Ovidius* Fastor. V. 633. 634. *Varro* Fragm. de vita pop. Rom. L. II. p. 242.

9) *Seneca* de brevitate vitae c. 4. 20.: Sexagesimus annus ab officio me dimittet. — Lex- a sexagesimo anno senatorem non citat.

10) de Dinarcho judicium cap. 4. ed. Reiskii Vol. v. p. 638. Die Uebersetzung von Aemil. Portus ist nicht ganz so schwankend, wie das griechische Original.

schnitten gegeben ist, in Betracht gezogen zu werden. Constantinus gestattet darin die venia aetatis, wenn alles gut befunden wird, und die Minderjährigen, nach Verschiedenheit des Geschlechts, 18 oder 20 Jahre vollendet haben. Nach allerley Weitläuftigkeiten wird am Ende hinzugesetzt: cui aetati, (von 18 und 20 bis 25) quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam, et robustissimam juventutem media est, *firmatae aetatis* [11]) appellationem imponimus; ut prima aetas *pueritiae* sit, sequens *adolescentiae; firmata* haec tertia; quarta *legitima;* quinta *senectus.* Was die firmata aetas seyn soll, sieht man freylich deutlich genug; allein darüber ist ganz geschwiegen, wo sich die legitima aetas von der senectus scheidet, und ob das Seniorat mit unter der legitima aetas, oder der senectus steht, über welches alles um so mehr, wenigstens für uns, eine genaue Bestimmung nöthig gewesen wäre, da der Ausdruck: legitima aetas sonst immer nur anzeigt, wann ein gewisses Alter (die Majorenität) anfängt, aber diesem Alter kein Ende setzt [12]).

Aus Justinian's Gesetzbuch lassen sich eben so wenig genaue Unterscheidungen ableiten. Der Jurist Marcellus war nach L. 69. §. 1. D. de legat. III. durch eine vorgelegte Frage am besten veranlaßt, sich über die Sache gehörig zu erklären; allein er weiß sich nur dadurch aus der Verlegenheit zu ziehen, daß er unbestimmt so schreibt:

> Titius codicillis suis ita cavit: *Publio Maevio omnes juvenes, quos in ministerio habeo, dari volo.* Quaero, a qua aetate juvenes, et in quam intelligi

11) Gothofred macht dazu die gute Bemerkung: quomodo et Virgil. Ecl. IV. 37. firmatam aetatem dixit: *hinc ubi jam firmata virum te fecerit aetas.* Quem alioquin Virgilium non uno loco Constantinus M. vel Quaestor ejus imitatus est.

12) *Brissonii* antiqu. L. 3. c. 2. *Gothofred* ad L. 2. C. Theod. de donat. (8. 12.)

debeant? Marcellus respondit, quos verbis, quae proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notionem ejus, qui de ea re cogniturus esset, pertinere; non enim in caussa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, quum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset *juvenis* is, qui *adolescentis* excessisset aetatem, quoad incipiat inter *seniores* numerari.

Dies leidige: est quaestio facti! kommt nur zu oft vor, und recht ungebührlich, weil man ja doch am Ende, wenn man den Willen der Partheyen nicht klar sieht, für den zweifelhaften Fall gewisse Grundsätze haben muß. Vergebens sucht man aber im corpus juris nach solchen Grundsätzen. Will man einseitig verfahren, so kann man freylich für die senectus das Ueberschreiten von 70 Jahren herausbringen. Denn an einem Orte [13]) heißt es allgemein: die Senectus excusire von muneribus; und in anderen Gesetzen wird gesagt, man könne munera ablehnen, wenn man das 70ste Jahr überschritten habe [14]). Allein es finden sich auch wieder andere gelegentliche Aeußerungen, welche alles unbestimmt machen. In L. 15. D. de fideic. libert., in den Worten: interest enim nonnunquam a *sene* potius manumitti, quam a *juvene* kommt kein anderer Unterschied heraus, als wenn wir sagen: jüngere und ältere Leute. Wenn ferner in L. 8. §. 10. D. de transact. unterschieden wird bloß zwischen puer, juvenis und senex, so gehen wohl die seniores gewiß mit unter dem Titel eines senex. Umgekehrt müssen die senes mit unter das Wort seniores gezogen werden, wenn an anderen Orten gesagt wird, man müßte den juvenis anders strafen, als den senior; pueri und seniores wären beyde infirmae aetatis;

13) L. 5. pr. D. de jure immun.

14) L. 3. pr. eod. L. 8. pr. de vacat. L. un. C. qui aetate. L. 10. C. de Decurion.

und der senior sey dem junior vorzuziehen [15]). So bleibt denn auch L. 11. D. de decurion. räthselhaft, wo Callistratus sagt: grandes natu dürften nicht zu Decurionen ernannt werden; aber seniores müßten so gut, wie juniores dies Amt übernehmen; nur das Ueberschreiten von 55 Jahren gebe eine Excusation. Denn es läßt sich nach dem Obigen denken, daß der Verfasser jenes Fragments die, welche über 55 Jahre alt sind, schon senes nannte; es ist aber auch möglich, daß er, wenn es ihm auf den genauen Ausdruck angekommen wäre, bestimmter gesagt hätte: wenn seniores das Alter von 55 Jahren zurückgelegt haben, so sind sie (obgleich sie dann auch noch seniores heißen) vom Decurionat frey.

Kann man sich indeß auch, nach dem bisher Gesagten, nicht die philologische Freude verschaffen, eine feste Grenze zwischen juvenis, senior und senex herauszubringen: so möchte es doch wohl möglich seyn, über das Beste, nämlich über die Rechtssätze, ins Reine zu kommen; und daher will ich auf dasjenige wieder zurückkommen, was ich im Anfange dieser Abhandlung schon berührt habe.

Da in den Fällen, wo die Gesetze bestimmt 55 oder 60 fordern, das Resultat gleich bleibt, man mag nun dieses, oder jene Wort gebrauchen: so können meine folgenden Erörterungen nur die Frage betreffen: welches Alter von muneribus, und insbesondere von Vormundschaften, befreyet? Ich will zuerst aus den Institutionen und Pandekten, zur Erleichterung der Uebersicht, folgende Belegstellen wörtlich hieher setzen:

§. 13. J. de excus. tut.

Item major LXX. annis a tutela vel cura excusare se potest.

L. pr. D. de excusat. (*Modestin.*)

Excusantur a tutela et curatoria, qui LXX. annos

15) L. ult. D. de fide instr. L. 122. pr. D. de legat. I. L. 2. D. de term. mot.

compleverunt. Excessisse autem oportet LXX. annos tempore illo, quo creantur.

L. 2. §. ult. D. de Decurion. (*Ulpian.*)
Majores annis LV. ad decurionatus honorem inviti vocari, constitutionibus prohibentur; sed si ei rei consenserint, etsi majores annis LXX. sint, munera quidem civilia obire non coguntur, honores autem gerere debent.

L. 11. D. eod. (*Callistratus.*)
Non tantum, qui tenerae aetatis, sed etiam qui grandes natu sunt, decuriones fieri prohibentur, illi, quasi inhabiles rempublicam tueri, ad tempus excusantur; hi vero in perpetuum amoventur: non alias seniores, ne seniorum excusatione juniores onerentur, ad omnia munera publica suscipienda soli relicti. Neque enim minores XXV. annis decuriones allegi, nisi ex caussa, possunt, neque hi, qui annum LV. excesserunt.

L. 1. §. 3. D. de vacat. (*Ulpian.*)
Quamvis LXV. annorum aliquis sit, et tres liberos incolumes habeat, a muneribus tamen civilibus propter has caussas non liberatur.

L. 2. §. 1. D. eod. (*Idem.*)
Numerus liberorum, aut LXX. annorum, ab honoribus, aut muneribus his cohaerentibus, excusationem non praestat, sed a muneribus tantum civilibus.

L. 8. pr. eod. (*Papinian.*)
In honoribus delatis neque annis LXX., neque pater numero quinque liberorum excusatur.

L. 11. eod. (*Hermogenian.*)
Sunt munera, quae rei proprie cohaerent, de quibus neque liberi, neque aetas, nec merita militiae, nec ullum aliud privilegium jure tribuit excusationem.

L. 3. D. de jure immun. (*Ulpian.*)
Majores LXX. annis a tutelis et muneribus personalibus[16]) vacant; sed qui ingressus est LXX. annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur, quia non videtur major esse LXX. annis, qui annum agit LXX.

L. pr. eod. (*Callistratus.*)
Semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit; namque majores nostri eundem honorem senibus, quam magistratibus tribuebant. Circa munera quoque municipalia subeunda idem honor senectuti tributus est. Sed eum, qui in senectute locuples factus est, et ante nullo munere publico functus est, dici potest non eximi ab hoc onere privilegio aetatis, maxime si non corporis habeat vexationem, quam pecuniae erogationem, indicti muneris administratio, et ex ea sit civitate, in qua non facile sufficientes viri publicis muneribus inveniantur.

L. 2. §. 7. D. de vacat. (*Ulpian.*)
Quem ita senio et corporis imbecillitate vexari Praeses animadverterit, ut muneri perferendae pecuniae non sufficiat, demittat, et alium constituat. Corporis debilitas eorum munerum excusationem praestat, quae tantum corpore implenda sunt; ceterum quae consilio prudentis viri, vel patrimonio sufficientis in homines[17]) obiri possunt, nisi certis et receptis probabilibus caussis non remittuntur.

Aus diesem Allen ergibt sich nun im Wesentlichen dies Resultat: Gegen Reallasten gibt es keine Excusation. Altersschwäche ist excusatio necessaria, und so auch jede andere Stumpf-

---

16) Das Wort personalibus fehlt wohl in Vulgat-Manuscripten. Die Combination der sämmtlichen Fragmente hebt aber alle Schwierigkeiten.

17) Haloander liest besser: in honores.

heit, aber nur so weit, als sie geht. Dies abgerechnet, wird Niemand durch das Alter von honoribus excusirt, wohl aber geben vollendete 70 Jahre eine Excusation von muneribus civilibus, und vom Decurionat schon vollendete 55 Jahre, wenn man nicht entsagt. Das Letzte begreift sich mit Rücksicht auf die unendliche Lästigkeit des Decurionats [18]) eben so wohl, als der ältere Rechtssatz, daß die Conscriptions-Pflicht mit dem 50sten Jahre aufhöre [19]). Aus der großen Sorgfalt, womit die Ausnahmen abgeschnitten, oder gemacht sind, ergibt sich auch ganz klar, daß man, bey dem Mangel tüchtiger Bürger, allen Grund hatte, möglichst sparsam zu seyn.

Wie nun bald nach der Periode der Classiker die ungeheure Aenderung geschehen konnte, daß man für jene 70 Jahre 55 setzte, läßt sich schwer begreifen. Die Menschen waren gewiß nicht tüchtiger geworden, vielmehr hatte politische Verwirrung, und geistlicher Unfrieden die Schlaffheit im Fach der Verwaltung an allen Seiten vermehrt. Dennoch ist, wie oben erinnert ward, von Mackeldey behauptet, daß durch L. 3. C. qui aetate vel professione jene Aenderung gemacht sey. Diese Constitution, ein bloßes Rescript von Diocletianus und Maximianus, ohne Datum, lautet so:

> Manifesti juris est, majores *quinquaginta quinque* annis invitos ad munera personalia vocari non posse. Quum igitur *septuagenario majorem* te esse profitearis, si a nominatione facta appellationis auxilium interposuisti, tueri te notione Praesidis provinciae potes jure concesso.

Welche Zweifel drängen sich hier nun sogleich gegen die neue Theorie, so wie zum Theil auch gegen die Theorie der Glossatoren, auf! Das System, wovon die Classiker als von einer ausgemachten Sache reden, war eine große, weitumfassende administrative Einrichtung, durch die Umstände noth-

18) S. darüber besonders *Gebauer* ordo instit. Excurs. 4.

19) Seneca de brevit. vitae hum. c. 20.

wendig geworden. Diocletianus war einer der härtesten Kaiser, und ein arger Christenverfolger. Wie sollte von ihm ein beyspiellos schonendes allgemeines Gesetz ausgegangen seyn, ein Gesetz, welches nicht durch den Drang der Umstände veranlaßt seyn konnte, und durch seine übermäßige Milde sogleich wieder zum alten System zurückführen mußte? Denn der Mann pflegt im 45sten Jahre noch seine volle Kraft zu haben, und vorzugsweise zu bürgerlichen Aemtern fähig zu seyn, besonders bey Völkern, welche nicht, wie wir, ihrer Eigenthümlichkeit beraubt, unter einem erborgten Apparat erliegen. Wollte man einzelnen Lieblingen helfen, so konnte man ja auf dem gewohnten Wege bleiben, und allerhöchsten Orts nach Gefallen die Einzelnen dispensiren, denen man helfen wollte. Setzen wir indeß, daß hier jene Kaiser eine allgemeinen Reform für nöthig hielten, so bedurfte es doch dazu eines allgemeinen, mit tüchtigen Entscheidungsgründen ausgestatteten Gesetzes, worin wieder vielfache Beschränkungen ganz nothwendig waren, z. B. in Beziehung auf arbeitsfähige seniores, und auf die Fälle, da der Mangel an Subjecten der neuen Milde entgegenstand. Allein von einer solchen, Epoche machenden Constitution wissen wir nichts; war sie aber vorhanden, wie konnten denn gegen das neue Gesetz Zweifel entstehen, und wie konnten die Kaiser in L. 3. C. cit., statt das neue Gesetz zu allegiren, blos unbestimmt sagen: manifesti juris est, welches doch nur paßte, insoferne man das altherkömmliche, notorische Recht anrief? Ferner: warum geben uns die Pandecten die sorgfältigsten Entwickelungen über diesen Punct aus den Schriften der Classiker? Freylich hat Justinianus nicht selten des Lehrvortrags wegen allerley in die Pandecten gestellt, was später durch die Kaiser geändert ist. Allein wo es geschieht, da ist doch immer die entgegengesetzte Ansicht der Kaiser in den Institutionen, oder in dem Codex klar ausgesprochen, während man in unserem Fall alles blos in transitu aus einem unbestimmten Rescript lernen muß. Dazu kommt noch, daß in den Institutionen, nach Publication des

ersten Codex, worin die L. 3. C. cet. wohl gewiß auch stand, ganz dogmatisch der Satz aufgestellt ist: das Alter über 70 Jahre excusire von der Tutel, und daß solche dogmatica in den Institutionen niemals vorkommen, wenn der Kaiser blos von veralteten Einrichtungen redet. Zwar enthält der Titel de legatis viel Unpractisches in dogmatischer Sprache. Allein hier geschah es nur der Bequemlichkeit wegen, und daher ist auch gleich im §. 3. I. de legat. das nöthige Warnungszeichen aufgesteckt. Endlich macht es auch noch einige Schwierigkeit, daß in L. 3. C. cit. das; *septuagenario majorem* als Entscheidungsgrund hervorgehoben ist, mithin grade das, was die Classiker nach dem Obigen so scharf zugespitzt hatten, um nach Art guter Hausväter auch den letzten Heller sparen zu können.

Gehen wir auf den Codex über, so wird die Sache noch schlimmer, namentlich in Betracht der excusatio tutorum. Denn in demselben Codex steht neben L. 3. C. cit. die L. un. C. qui aetate se excusant, nach ihrer Stellung in die Lehre von der Tutel gehörend, und hier heißt es:

> Pater tuus, *si major est annis septuaginta*, ad tutelam seu curam evocatus excusare se solenniter potest.

Dies Gesetz, nebst Justinians eigenen Aeußerungen in den Institutionen veranlaßte denn die Glossatoren, in Ansehung der Befreyung von der Tutel bey dem älteren Rechtssatz zu bleiben. Allein die bisher von mir entwickelten Gründe machen auch diese Ansicht im höchsten Grade bedenklich, obgleich schon Eustathius [20]) daran Theil genommen hat.

20) Liber de temporalibus intervallis. s. rubr. de annis LV. et LXX.: „Post annum LV. vacatio munerum personalium conceditur Cod. L. 10. T. 50. (49) const. 3. Basil. L. 54. Tit. 7. c. b. Post annos LXX. quis aliquando excusationem a tutela, et aliis muneribus habet, aliquando non habet, ut Dig. L. 27. T. 1. act.

Was soll man aber gar sagen, wenn man L. 10. C. de Decurion. et filiis eorum liest? Dies Gesetz ist, wohl zu bemerken, auch von Diocletianus und Maximianus, und in demselben wird nun ganz allgemein dahin rescribirt.

Si *ultra septuagesimum aetatis annum* patrem tuum esse Praeses provinciae perspexerit, eum *personalium munerum* vacatione perfrui providebit.

Ich habe dieses schwere Geschütz bis zuletzt aufgespart, und hoffe, daß es auf allen Fall durchschlagen soll. Dieselben Kaiser, von denen die L. 3. C. cit. herrührt, reden hier nun genau eben so, wie die Classiker in den Pandecten gesprochen haben. Warum thut man mithin, als ob L. 10. C. cit. nicht vorhanden wäre, und warum ist stets nur von L. 3. C. cit. die Rede, welche nach ihren sämmtlichen Umgebungen gar nicht begriffen werden kann? Auch der bedachtsame Critiker, welcher nur dann ändert, wenn der ganze Zusammenhang die Nothwendigkeit der Besserung außer Zweifel setzt, könnte hier kein Bedenken tragen, in L. 3. C. cit. das quinquagesimo quinto in septuagesimo zu verwandeln, besonders da Versehen in Zahlen den Abschreibern am leichtesten begegnen. Für diese Verbesserung hat sich nun auch immer Cujacius [21]) erklärt, und zwar auf eine Art, daß selbst die abgesagten Feinde aller ändernden Critik hier beruhigt seyn können. Er bezeugt nämlich, daß er in mehreren Manuscripten die Lesart septuagesimo angemerkt gefunden habe. Baudoza, welcher auch sehr fleißig Handschriften verglich, gibt diese Variante ebenfalls in seiner, vor mir liegenden Ausgabe von 1600, indem er bey L. 3. C. cit. an den Rand setzt: Vet.

21) ad Inst. L. 1. c. 34. §. 13. (opp. T. 1. p. 54.) Paratitt. Cod L. 5. T. 67. (opp. T. 2. p. 321.) Commentar. ad Cod. L. 10. T. 49. c. 3. (opp. T. 2. p. 752.). Er citirt für die richtige Lesart auch die Basiliken. Ich habe darin keine Uebersetzung der L. 3. C. cit. gefunden, weder in der Synopsis Basilicorum, noch in der Fabrottischen Ausgabe. Auch Haubold in seinem manuale Bassilicorum p. 302. gibt keine Remission dazu.

septuaginta, nec minus recte, ut ex verbis sequentibus colligere licet, welche Bemerkung ganz richtig ist, da nun das folgende septuagenario majorem ganz anpassend wird. Wollte man hier aber eigensinnig seyn, und, außer der höheren Critik, selbst die niedere verwerfen, so bliebe doch nichts übrig, als das Zugestehen einer reinen Antinomie, womit man auch wieder zum Besten der L. 3. C. cit. nicht weit kommen würde, da es herrschende Ansicht unserer Juristen ist, daß im Fall eines Widerspruchs der Gesetze die consequentere Entscheidung vorgezogen werden muß. Ich bin zwar als Theoretiker diesem Grundsatze nie geneigt gewesen[22], aber als Votant in Spruch-Collegien habe ich ihn mir immer gern gefallen lassen, weil man der Nothstützen nicht entbehren kann, wenn man in Betreff des juris communis so ganz und gar von Gott und der Welt verlassen ist, wie wir stets waren, und wohl auch bleiben werden. Freylich hat die Glosse hier durch Subintelligiren zu helfen gesucht, aber sehr ungeschickt. Sie will nämlich, man solle bey C. 10. C. cit. voraussetzen, daß der Extrahent dieses Rescriptes ein Tutor oder Curator war. Allein dazu passen die allgemeinen Worte personalium munerum gar nicht. Eben so gut könnte man bey L. 3. C. qui aetate vel professione voraussetzen, daß von einer Berufung zum Decurionat die Frage war, und dies wäre gewiß vorzuziehen, weil damit eine volle Harmonie der Gesetze heraus käme, und die äußeren Schwierigkeiten wegfielen, welche, wie gesagt, der Theorie der Glossatoren überall entgegen stehen.

Uebrigens kommen die Vertheidiger der, vorhin von mir getadelten Theorien bey dem Satz der L. 8. D. de testibus: inviti testimonium dicere non coguntur *senes* in eine eigene Verlegenheit. Daß hier 55 Jahre lächerlich seyn würden, ist klar genug. Allein wie will man die 70 Jahre der Glosse herausbringen? Aus dem Worte senex kann es nicht

22) Mein Pand. Syst. §. 35. a. f.

geschlossen werden, da dieses Wort, nach dem Obigen, bald so, bald so gebraucht wird. Es wäre auch, unter Voraussetzung der falschen Theorien, eine Inconsequenz, wenn man grade in diesem Fall bey den 70 Jahren der Pandecten bleiben wollte; denn die Pflicht, für und wider andere Personen Zeugniß zu geben, ist nichts mehr und weniger, als eine Staatslast, und ein wirkliches munus publicum, so gut, wie Tutel und Curatel. Mit der richtigen Theorie verschwinden hier aber alle Schwierigkeiten. Denn ist es eine unverändert gebliebene Regel, daß man sich von öffentlichen Functionen in der Regel nur nach vollendetem 70sten Jahre zurückziehen kann, so hat auch der aufgerufene Zeuge keinen Grund, für sich eine Ausnahme zu verlangen.

III.

Ueber die Regel: affirmanti incumbit probatio, vornemlich als Widerlegung der Weberschen Erklärung derselben.

Von

Herrn Oberappellationsrath und Professor D. Kori in Jena.

Die von vielen Spruchbehörden, besonders im Königreich Sachsen angenommene Meinung: daß bloße Verneinungen, auf welche die streitenden Partheyen in Processen ihre Anträge stützen, des Beweises nicht bedürfen, ist von jeher bestritten [1]) und dagegen von vielen besonders neueren Juristen die Regel aufgestellt worden:

1) *Mevius* P. V. decis. 279. *Boehmer.* Jus eccles. Protest. Lib. II. Tit. 19. §. 3. sqq. *de Cocceji* Jus civile controvers. L. XXII. Tit. III. qu. 6. *Walchii* introduct. in controv. jur. civil. Sect. IV. Cap. II. §. 11. Danz Grundſ. des ordentl. bürgerl. Processes. §. 232.